Die Ansprüche

des Bestellers im Werklieferungsvertrag

beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften

nach gemeinem Recht und dem BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Kurt Guischard
Referendar aus Sorau i. d. Nieder-Lausitz.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Inhalt.

§ 1. A. Werklieferungsvertrag.
B. Ansprüche des Bestellers beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften im Gemeinen Recht.
§ 2. 1) Zugesicherte Eigenschaften. S. 15
§ 3. 2) actio emti. S. 19
a. actio emti — als Minderungsklage
b. actio emti — als redhibitorische Klage.
§ 4. 3) Ädilicische Klagen bei zugesicherten Eigenschaften? S. 23
§ 5. 4) Ädilicische Klagen bei andern Sachen als Sklaven und Vieh? S. 26
§ 6. 5) actio redhibitoria. S. 28
§ 7. 6) actio quanti minoris. S. 34
§ 8. 7) Verhältnis der drei Klagen zu einander. Kenntnis des Bestellers. Massgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein der Eigenschaft. Verjährung. S. 37
§ 9. 8) Ädilicische Klagen bei Genusobligation? S. 38

C. Ansprüche des Bestellers nach BGB.
I. Bei Herstellung einer vertretbaren Sache.
§ 10. 1) Zusicherung von Eigenschaften. S. 39
§ 11. 2) Alle Bestimmungen des Kaufs anwendbar? S. 42
§ 12. 3) Besserung? S. 44
§ 13. 4) Wandelung. S. 45
§ 14. 5) Minderung. S. 53
§ 15. 6) Schadensersatzanspruch. S. 56
§ 16. 7) Nachlieferung einer mangelfreien Sache. S. 58
§ 17. 8) Massgebender Zeitpunkt. Kenntnis des Bestellers. Verjährung. S. 59
§ 18. II. Ansprüche bei Herstellung einer nicht vertretbaren Sache. S. 60
§ 19. D. Vergleich der Ansprüche nach Gemeinem Recht und dem BGB. S. 63

Literatur.

Arndts: Pandekten, 13. Aufl.

Bähr im Archiv für praktische Rechtswissenschaft VII.

Balcke: Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach Gem. R. und dem Rechte des BGB.

Baron: Pandekten, 9. Aufl. 1896.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich.

Brinz: Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1882.

Bunsen: Einführung in das BGB., Rostock 1897.

Crome: Die Partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Crome im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. LXXVIII.

Crome in „das Recht" 1902, No 13: „Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache."

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. Jena 1899.

Dernburg: Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1901.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Halle 1899/1901.
Dehn: Die actio redhibitoria in ihrer Funktion als Schadensersatzklage nach Gem. R. In. Diss.
Ehrenberg in Jherings Jahrb., Bd. XXVII.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Enneccerus u. Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Marburg 1900.
Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag.
Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 43.
Epping: Die Gewährleistung wegen Mangel der Kaufsache nach BGB. In Diss. Erlangen 1897.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Fischer u. Henle: Bürgerliches Gesetzbuch.
Flechtheim in Gruchots Beitr., Bd. 44.
Gesterding in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess VI.
Gans im Archiv für die civilistische Praxis V.
Glück: Erläuterung der Pandekten XVII u. XX.
Goldmann u. Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Grohé: Die rechtliche Natur des Werklieferungsvertrages. In. Diss. Greifswald 1892.
Goudefroy: Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. In. Diss.
Hanausek: Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waren. Berlin 1883/87.
Henle: Kauf- und Werkvertrag.
Hermann in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess NF. Bd. VII.

Hoffmann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. IV.

Hellweg im Archiv für die civil. Praxis. Bd. LIX.

Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag. Mannheim 1898.

Hasslacher: Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach Gem. R. und BGB In. Diss. Erlangen 1897.

Jhering in Jahrb. IV.

v. Keller: Pandekten, 2. Aufl. 1866.

Keller in Sell's Jahrb. Bd. III.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1899.

Kemmerich: Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach Gem. R. und dem BGB.

Leistner: Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache.

Mühlenbruch: Lehrb. der Pandekten. 4. Aufl. 1844.

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht II.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3/4. Aufl. Berlin 1901.

Matthiass: in deutsch. Juristen-Zeitung 1902 No. 9: „Wandelung nach BGB."

Mensing: Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des BGB.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich. Bd. II.

Neustetel u. Zimmern: Römischrechtliche Untersuchungen I.

Neumann: Handausgabe des BGB.

Örtmann: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Puchta: Pandekten, 7. Aufl. Leipzig 1853.
Pöhls: Handelsrecht.
Planck: Bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB.
Regelsberger: in Grünhuts Zeitschr. Bd. XI.
Riezler: Werkvertrag. Jena 1899.
Sintenis: Civilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1868.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
Starker: Inwiefern umfasst die actio redhibitoria auch Ersatz von Schaden? In. Diss. Erlangen 1895.
Thiele im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 93.
Stamm: Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im Gem. R. und im BGB. In. Diss.
Unterholzner: Schuldverhältnisse. Leipzig 1840.
Unterholzner im Archiv für die civil. Praxis. Bd. VI.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1876.
Westphal: Lehre vom Kauf, Pacht und Miete etc.
Windscheid: Pandekten.
Weyl: Vorträge über das BGB.

Werklieferungsvertrag ist ein Vertrag, durch welchen sich der eine Kontrahent zu einer Geldleistung, der andere zur Herstellung einer Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe verpflichtet. Der Unternehmer ist hier einmal verpflichtet, das bestellte Werk herzustellen und zum andern, das Eigentum an der Sache zu übertragen. Der Unternehmer hat hier also sowohl die Verpflichtungen des Verkäufers, wie die des Unternehmers im Werkvertrag. Der Werklieferungsvertrag ist mithin ein Vertrag, der auf der Grenze zwischen Kauf und Werkvertrag steht.

Bei der rechtlichen Betrachtung eines solchen Vertrages wären verschiedene Auffassungen möglich. Man könnte einen solchen Vertrag als Doppelgeschäft auffassen und zum Teil die Bestimmungen des Kaufes, zum Teil die des Werkvertrages zur Anwendung bringen. Sodann könnte man das Hauptgewicht auf die Lieferungspflicht des Unternehmers legen und den Vertrag als Kauf auffassen; nnd endlich könnte man die Lieferungsverpflichtung nur als nebensächlich ansehen und die Arbeit des Unternehmers, die Herstellung des Werkes, als das Entscheidende ansehen und die Bestimmungen des

Werkvertrages auf einen solchen Vertrag zur Anwendung bringen. Zweifel über diese Frage finden wir schon in den römischen Rechtsquellen. So finden wir bei G a i u s III § 147 einen Zwiespalt zwischen der Ansicht, dass der Werklieferungsvertrag ein Doppelgeschäft und der, dass er als Kauf aufzufassen sei:

„Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acceperit verbi gratia denarios CC, utrum emtio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emtionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emtionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

In einer andern Stelle l. 2 § 1 D. locati conducti 19,2 wird der Streit, ob der Werklieferungsvertrag als Kauf oder als Werkvertrag zu behandeln sei, zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden: „adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio. Et ecce si cum aurifice, mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emtionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera

constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit."

Eine andere Stelle § 4 J. de locatione et conductione 3,24 spricht sich in ähnlicher Weise wie der oben citierte Paragraph aus Gaius aus, bringt aber mit grösserer Bestimmtheit zum Ausdruck, dass die herrschende Ansicht den Werklieferungsvertrag als Kauf behandelt wissen will. Die gleiche Ansicht wird in bestimmter Weise in l. 20 D. de contrahenda emtione 18,1 ausgesprochen: „Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui fieret."

Diese Ansicht des römischen Rechts ist auch die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts geworden, wenigstens vertreten die weitaus meisten Schriftsteller, wie Glück, Unterholzner, Keller, Vangerow, Arndts, Ihering, Windscheid, Dernburg, diese Ansicht. Abweichende Ansichten wie die von Dankwardt und Pöhls sind wohl nicht als besonders wesentlich näher zu erörtern. Pöhls[1] will aus der Tatsache, dass in den citierten Quellenstellen immer nur von kleineren Sachen, wie Ringen, die Rede ist, schliessen, dass nur bei solchen Gegenständen die Regeln des Kaufes zur Anwendung kommen. Wenn es sich dagegen um Herstellung von bedeutenderen Werken z. B. von Schiffen handelt, will er den Vertrag als locatio conductio operis angesehen wissen.

1) Pöhls; Handelsrecht III.

Dankwardts[1] abweichende Ansicht erklärt sich wohl aus einer etwas willkürlichen Interpretation der Quellenstellen. Es ist gewiss, dass die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts den Anforderungen des praktischen Lebens nicht voll gerecht wird. Denn bei solchen Verträgen spielt das Material eine nur untergeordnete Rolle, während das Hauptgewicht auf die körperliche und geistige Arbeit gelegt wird. Ein grosser Fehler der gemeinrechtlichen Konstruktion ist es daher, dass sie keine Möglichkeit bietet, im Falle eines Fehlers des hergestellten Werkes zunächst eine Beseitigung des Mangels zu verlangen. Ein anderer besonders in die Augen fallender Missstand liegt in der Regelung des Gefahrüberganges. Denn darin, dass mit dem Augenblick, wo der Vertrag perfekt ist, die Gefahr auf den Besteller übergehen soll, liegt doch eine grosse Härte. Es entspricht doch vielmehr den Anforderungen des praktischen Lebens, dass die Gefahr erst mit der Vollendung oder der Abnahme des Werkes übergeht.

Trotz dieser in die Augen fallenden Missstände der gemeinrechtlichen Konstruktion fand sich in dem I. Entwurf zum BGB. doch die gleiche Regelung. Der § 568 des E. I. lautete: „Hat der Unternehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herzustellen und dem Besteller zu liefern, so finden auf den Vertrag, sofern nicht anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung." Es

1) Dankwardt in Iherings Jahrb. Bd. XIII.

wird also die Tatsache, dass es sich bei dem Werklieferungsvertrage auch um eine Veräusserung handelt, als das Entscheidende angesehen. Es ist vollkommen gleichgiltig, ob das Material nur von geringem Werte ist und die Arbeitsleistung eine ganz bedeutende. Allerdings wäre nach dem Wortlaut des Paragraphen auch noch der freien Parteidisposition eine andere Vereinbarung möglich. Doch ist dies eine Bestimmung, die wohl praktisch ziemlich wertlos ist. Denn die Parteien pflegen von solchen juristischen Feinheiten keine Vorstellung zu haben.[1] Es ist daher nicht anzunehmen, dass die Parteien bei Abschluss des Vertrages bestimmen, dass sie denselben nach den Grundsätzen des Kaufes oder des Werkvertrages behandelt wissen wollen. Praktisch wäre also auch nach dem Entwurf I der Werklieferungsvertrag als Kauf zu behandeln. Die Bedenken, die gegen eine solche Behandlung des Werklieferungsvertrages geltend zu machen, wurden auch in der zweiten Kommission ausgesprochen, und verschiedene Änderungsvorschläge gemacht.[2] Ein Antrag ging dahin, dass der § 568 überhaupt zu streichen sei; ein anderer dahin, dass der Werklieferungsvertrag vorbehaltlos als Werkvertrag anzuerkennen sei. Zwei andere Anträge wollten den Werklieferungsvertrag als Werkvertrag anerkennen; für den Fall, dass vertretbare Sachen hergestellt werden, jedoch die Kaufvorschriften Anwendung finden lassen. Ein Antrag hielt an der juristischen Natur des

1) Ehrenberg a. a. O. S. 289.
2) Protokolle II S. 337 Sitzung 128.

Werklieferungsvertrages als Kaufvertrag fest, wollte aber im Falle, dass nicht vertretbare Sachen hergestellt werden, die Vorschriften des Werkvertrages Anwendung finden lassen. Dieser letztere Antrag wurde angenommen und seine juristische Konstruktion ist auch die des BGB.

Das BGB. macht also einen Unterschied, ob der Unternehmer die Herstellung einer vertretbaren oder einer nicht vertretbaren Sache übernimmt. Diese Unterscheidung dürfte wohl den Anfordeungen des praktischen Lebens mehr gerecht werden als die Bestimmungen des gemeinen Rechts.[1] Denn tatsächlich tritt bei vertretbaren Sachen, die viele Abnehmer haben und leicht auf Vorrat angefertigt werden können, das Arbeitsverhältnis sehr zurück. Denn es macht wohl keinen Unterschied, ob man eine vertretbare Sache in einem Geschäft kauft, oder, da sie zufällig ausgegangen. anfertigen lässt. Auch gegen die Bestimmung, dass der Werklieferungsvertrag nicht als Werkvertrag, sondern als Kauf anzusehen sei, dürften kaum Bedenken obwalten können. Denn es ist wohl ein erheblicher Unterschied, ob der Unternehmer oder der Besteller den Stoff liefert.[2] Im ersteren Falle verwendet der Unternehmer seine Arbeit auf seine eigene Sache. Die Sache gehört ihm und er ist in der Lage, falls die Sache nach seiner Ansicht nicht untadelhaft wird, eine neue herzustellen. Erst mit der Ablieferung geht

1) Protokolle II S. 339.
2) Protokolle II S. 340, Bernhöft S. 68.

die Sache in das Eigentum des Bestellers über. Der Unternehmer ist hier an erster Stelle verpflichtet, die Sache dem Besteller zu liefern, das Eigentum an dem Werk zu übertragen. Daneben besteht für ihn die Arbeitspflicht. Diese erzeugt eine Verwandtschaft mit dem Werkvertrag und es ist nur angemessen, dass, soweit die Vorschriften des Werkvertrages von denen des Kaufes abweichen, die für den Werkvertrag geltenden Bestimmungen zur Anwendung kommen.

So wird insbesondere bei der Haftung für Mängel die Verwandschaft mit dem Werkvertrag nicht unberücksichtigt gelassen. Es hat nach BGB. der Besteller im Werklieferungsvertrage bei Mängeln des Werkes und bei Fehlen von zugesicherten Eigenschaften die Ansprüche des Bestellers beim Werkvertrag, falls eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist. Bei Herstellung einer vertretbaren Sache dagegen stehen dem Besteller die Ansprüche des Käufers zu. Im gemeinen Recht wurde — wie wir gesehen — der Besteller als Käufer betrachtet, hatte also dessen Ansprüche im Falle des Fehlens von zugesicherten Eigenschaften.

§ 2.

Zusicherung von Eigenschaften giebt schon im ältesten römischen Rechte beim Fehlen derselben dem Käufer (Besteller) Ansprüche gegen den Verkäufer (Unternehmer). Die römischen Quellen nennen

zugesicherte Eigenschaften dicta et promissa. Ein Unterschied zwischen beiden ist schwer festzustellen l. 19 § 2 D. de aedil. ed. 21,1 bemüht sich einen solchen zu geben: „dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur, promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsionem". Der Unterschied wäre demnach der, dass die dicta einfache Zusagen sind, die von Seiten des Unternehmers dem Besteller während der Verhandlungen gemacht werden, ohne in den Vertrag aufgenommen und feierlich versprochen zu sein. Promissa sind dagegen Zusagen, die ausdrücklich und mit besonderer Feierlichkeit versprochen sind. Doch ist eine Unterscheidung praktisch wohl wertlos. In der gemeinrechtlichen Literatur und Praxis wird ein solcher im Allgemeinen auch nicht gemacht. Crome[1] allerdings unterscheidet zwischen dicta und promissa. Er fasst die dicta als einfache Zusagen, die mit Bezug auf die zu liefernde Sache gemacht werden, auf. Er denkt an die Verabredungen verschiedener Art, die von redseligen Parteien bei den sich lange hinziehenden Verhandlungen gemacht werden, aber doch derart sind, dass sie über vage Anpreisungen hinausgehen und als ernsthaft gemeint in Betracht gezogen werden müssen. Promissa haben dagegen nach Crome die Bedeutung des eigentlichen Garantieversprechens. Eine solche Unterscheidung mag wohl dem Sinne der citierten

1) Crome in „d. Recht" S. 333.

Quellenstelle entsprechen, doch glaube ich nicht, dass sie praktisch irgend welche Bedeutung hat. Wenigstens werden dicta und promissa stets zusammen genannt und ein Unterschied in ihren rechtlichen Konsequenzen wird nicht gemacht. Denn praktisch hat sowohl das Fehlen von dicta wie das von promissa einen Schadensersatzanspruch von Seiten des Bestellers zur Folge. Wollte man aber einen Unterschied zwischen einfacher Zusicherung und Garantieübernahme konstruieren, müsste derselbe auch in einer Erweiterung der Haftung auf der einen Seite oder einer Einschränkung der Haftung auf der andern Seite praktisch zum Ausdruck kommen. Sollen Zusicherungen rechtlich von Bedeutung sein, so müssen sie ernstlich abgegeben sein und daher vom Besteller als zum Inhalt des Vertrages gehörig angesehen werden. So heisst es in den Entscheidungen des ROHG.[1] „der Verkäufer (Unternehmer) muss für die versprochenen Eigenschaften, wenn er sie im Ernst versprochen hat, von selbst und ohne dass es dazu noch der Übernahme einer besonderen Verpflichtung bedürfte, einstehen". Die Zusicherungen brauchen nicht in einer bestimmten Form abgegeben zu sein. Es genügen vielmehr einseitige Versicherungen, wenn nur aus ihnen hervorgeht, dass der Unternehmer der Sache einen gewissen Vorzug in der Weise beilegt, dass er dafür einstehen will.[2] Eine

1) Entsch. d. ROHG. Bd. 14 S. 161.
2) Sintenis S. 618.

besondere ausdrückliche Annahme seitens des Bestellers ist nicht notwendig. Allgemeine Anpreisungen und Empfehlungen, wie sie im geschäftlichen Verkehr als Reklame üblich sind, verpflichten den Unternehmer in keiner Weise.[1] Ebenso sind allgemein gehaltene Anpreisungen, wie „bester Qualität" und ähnliche rechtlich bedeutungslos; vielmehr müssen die Zusicherungen in etwas bestimmterer Weise abgegeben werden. Die zugesicherten Eigenschaften hat der Unternehmer nur nach Billigkeit und Mittelmässigkeit, nicht aber in der besten möglichen Ausführung zu gewährleisten.[2] Zu letzterem wäre er nur verpflichtet, wenn ausdrücklich und in bestimmter Weise vereinbart wäre, dass die zugesicherten Eigenschaften von grösster Vollkommenheit und bester Qualität sein sollen.[3] Dagegen verpflichtet zu nichts die Versicherung, dass die zu liefernde Sache von guter Qualität sein soll.[4] Unter Umständen ist gar nicht notwendig, dass die Zusicherung ausdrücklich abgegeben wird. Es ist möglich z. B., dass sich aus den Verhandlungen ergiebt, dass der Besteller die Sache zu einem bestimmten Zweck wünscht, so dass der Unternehmer deutlich erkennt, dass der Besteller an der Sache eine bestimmte Eigenschaft wünscht.

---

1) l. 19 pr. § 3 D. de aed. ed. 21,1.

2) Westphal S. 306. l. 18. pr. D. de aedil. ed 21,1.

3) Sintenis S. 618. l. 18 § 1 D. de. aedil. ed. 21,1.

4) Mühlenbruch S. 409. l. 19. pr. D. de aedil. ed. 21,1, l. 43 pr. D. de contr. emt. 18,1.

In dem Falle dürfte die Zusicherung als stillschweigend abgegeben anzusehen und für den Unternehmer verbindlich sein.[1]

§ 3.

Beim Fehlen solcher zugesicherter Eigenschaften steht dem Besteller, wie im ältesten römischen Recht, so auch im gemeinen Recht an erster Stelle die actio emti zu.[2] Die actio emti ist im Allgemeinen gerichtet auf das Interesse, auf Schadensersatz. Für den Schadensersatzanspruch gelten die all, gemeinen Regeln; er umfasst also damnum emergens und lucrum cessans. Doch erstreckt sich die actio emti unter allen Umständen auf das volle Interesse? — Es giebt einige Digestenstellen, aus denen man entnehmen kann, dass es einen Unterschied macht ob der Unternehmer bei Abgabe der Versicherung gutgläubig ist oder sich in schlechtem Glauben befindet, also z. B. sehr wohl weiss, dass ihm die Fähigkeit abgeht, eine solche Eigenschaft, wie er versprochen, an der Sache herzustellen. Nur in letzterem Falle hafte der Unternehmer auf das volle Interesse. Diese Behauptung kann sich stützen auf l. 45 D. de contr. emt. 18,1 und l. 13 pr. D. de act. emt. et vend. 19,1. Mit Unterholzner, Keller (Hermann), Sintenis, Brinz, Pernice[3] möchte ich auch annehmen, dass die Stelle

1) Windscheid § 395 l. 45 D. de contr. emt. 18,1, l. 21 § 2 D. de act. emt. et vend. 19,1.

2) l. 6 § 4 D. 19,1.

3) Archiv für d. Civ. Pr. VI S. 81; Sells Jahrb. Bd. III; Sintenis S. 619 ff.; Brinz S. 715.

in l. 45 D. 18,1 „si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contigit" besagt, dass bei Wissen des Unternehmers er auf das ganze damnum haftet, nicht aber bei Nichtwissen. Die Worte „ipsius rei nomine teneri" enthalten freilich Interpretationsschwierigkeit, doch meine ich, dass diese Stelle so zu verstehen ist, dass der Unternehmer so viel zu leisten habe, als die Sache infolge der fehlenden Eigenschaft weniger wert ist, oder, wie Pernice sagt, dass die actio emti in diesem Falle „nur den Erfolg der Ausgleichung habe, also nicht auf vollen Interesseersatz gehe". Mit anderen Worten finden wir den Unterschied in l. 13 pr. D. de act. emt. et vend. 19,1. Hier handelt es sich um die Worte „— — — inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto — — — si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem; si vero sciens reticuit — — — omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei". Auch hiernach hat das Nichtwissen des Unternehmers eine ähnliche Haftung zur Folge, wie mit ädilicischer actio quanti minoris erreicht wird. Dieser auffallende Umstand dürfte sich wohl aus dem allmäligen Verwischen der Unterschiede zwischen civilrechtlichen und ädilicischen Klagen erklären. — Einen solchen Unterschied, wie hier festgestellt, finden wir nicht bei v. Keller und Hanausek. Während aber ersterer keine nähere Ausführung bringt, bemüht

sich Hanausek,[1] die andere Ansicht zu widerlegen. Er wendet sich besonders gegen Pernice und dessen Interpretation der oben schon citierten Worte „ipsius rei nomine teneri“. Er bemüht sich, dessen Auslegung als falsch hinzustellen, ohne indess eine andere Interpretation zu bringen. Vielmehr glaubt er, Pernice durch l. 13, § 3 D. de act. emt. et vend. 19,1 zu widerlegen. An dieser Stelle ist nämlich kein Unterschied zwischen sciens- und ignorans-Unternehmer gemacht. Doch glaube ich nicht, dass man daraus schliessen kann, dass es einen solchen überhaupt nicht giebt, vielmehr meine ich, dass der Unterschied deshalb hier nicht erwähnt ist, weil man in sehr vielen Fällen von einem „damnum quod ex eo contigit“ garnicht sprechen kann, also ein Unterschied in der Haftung tatsächlich nicht besteht.[2] Neustetel[3] vertritt die Ansicht, dass die actio emti stets auf das „quanti minoris“ gerichtet ist. Seine Meinung ist aber aus dem Grunde besonders bemerkenswert, weil er der Ansicht ist, dass die in diesem Falle gegebene „actio emti quanti minoris“ identisch ist mit der ädilicischen actio quanti minoris. Er ist der Ansicht,[4] dass die actio quanti minoris nicht, wie allgemein angenommen, ädilicischen Ursprungs ist, sondern eine alte civilrechtliche Klage. Die actio quanti minoris ist nach ihm keine Neuschöpfung der Ädilen, sondern in das

1) Hanausek S. 46 ff.

2) Unterholzner im Archiv f. d. civ. Pr. VI S. 82 Anm. 45.

3) Neustetel und Zimmern: Römischrechtl. Untersuchungen, I S. 192.

4) Neustetel a. a. O. S. 166 ff.

Edikt nur aus dem Grunde aufgenommen, um für den Marktverkehr eine Zusammenstellung der möglichen Ansprüche zu geben. — Dem widerspricht Keller,[1] der ausführt, dass die actio quanti minoris eine neue von den Ädilen erfundene und in ihrem Edikt zuerst aufgestellte Klage ist. Die auffallende Erscheinung der Minderung bei der actio emti aber erklärt sich aus der Einwirkung der ädilicischen Klagen auf das Civilrecht. Unterholzner und Vangerow[2] sind derselben Ansicht. Auch Windscheid[3] meint, dass die actio emti evtl. auf Minderung gerichtet sein kann, er macht aber einen Unterschied — und diesen möchte auch ich annehmen — zwischen der actio emti in diesem Falle und der eigentlichen actio quanti minoris. Er sagt, dass der Anspruch aus erstgenannter Klage auf den Betrag gehe, um welchen die Sache wegen des Fehlers weniger wert ist, während letztere auf eine verhältnismässige Preisminderung gerichtet ist.

Eine andere Frage ist die, ob die actio emti unter Umständen auch redhibitorische Wirkung hat. Diese Ansicht ist vertreten früher von Bochow und neuerdings von Hanausek;[4] sie stützt sich auf die Stelle: „redhibitionem quoque contineri emti iudicio“ in l. 11, D. de act. emt. et vend. 19,1.

---

1) Sells Jahrb. III S. 139 ff.
2) Unterholzner S. 101 ff.; Vangerow Pand. S. 305.
3) Windscheid S. 476 Anm. 9.
4) Gesterding i. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 14.; Hanausek S. 58.

Keller[1] weist, indem er l. 43, § 6 D. de aedil. ed. 21,1 zum Vergleich heranzieht, überzeugend nach, dass in der citierten Stelle nicht gemeint ist, dass die actio emti die Redhibition zugleich in sich schliesse; diese Stelle bezieht sich vielmehr nur auf das Resultat, zu dem die actio emti unter Umständen führen kann. Man kann in dem Falle nicht etwa von einer Einwirkung der ädilicischen actio redhibitoria sprechen, vielmehr hängt diese Folge mit dem schon besprochenen Einfluss der actio quanti minoris auf die civilrechtliche Klage zusammen. Es kann sich völlige Unbrauchbarkeit der gelieferten Sache für den Besteller herausstellen, und die Minderung wird dann dazu führen, dass Besteller den ganzen Kaufpreis zurückverlangt. In diesem Falle ist er auch verpflichtet, die für ihn unbrauchbare Sache zurückzugeben,[2] (l. 43, § 6 D. de aedil. ed. 21,1.) Sintenis, Puchta und Vangerow[3] sind übrigens derselben Ansicht. Auch Windscheid[4] ist der Ansicht, dass die actio emti in dem Falle Auflösung des Vertrages zur Folge haben kann, doch muss der Besteller nachweisen, dass gerade hierauf sein Interesse gerichtet ist.

§ 4.

Dies die actio emti und die Ansprüche, die der Besteller unter allen Umständen gegen den Unter-

1) Sells Jahrb. III S. 154 ff.

2) Mühlenbruch S. 413.

3) Sintenis S. 619 Anm. 99; Vangerow S. 305 ff.; Puchta S. 522.

4) Windscheid S. 476 Anm. 9.

nehmer geltend machen kann. Ausser dieser Klage existieren noch die beiden Klagen des ädilicischen Edikts, die actio redhibitoria und die actio quanti minoris. Beide Klagen hat der Besteller zunächst nur bei heimlichen Mängeln, die sich an der gelieferten Sache finden. Es fragt sich, ob die aus diesen Klagen sich ergebenden Ansprüche nicht etwa auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften dem Besteller zustehen.

Anfangs freilich hatte ja die Einführung der ädilicischen Klagen den Zweck, den Betrügereien im Marktverkehr vorzubeugen und ausser der schon bestehenden Haftung des Verkäufers für dicta et promissa einerseits und dolos verschwiegene Mängel andrerseits eine Haftung einzuführen für unsichtbare Mängel. Doch bestand wohl auch die Möglichkeit, mit der actio redhibitoria und der actio quanti minoris Ansprüche beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften geltend zu machen. Wenigstens sprechen folgende Digestenstellen für diese Ansicht: l. 18 pr. D. de aedil. ed. 21, 1, l. 38 § 10 eod., l. 1 § 1 eod. Auch in der Literatur ist im Allgemeinen diese Ansicht vertreten. Doch während Sintenis, Unterholzner, Keller, Brinz[1] meinen, dass die ädilicischen Klagen von vornherein beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften Anwendung fanden, sind Windscheid und Hanausek[2] der Ansicht,

---

1) Sintenis S. 619 Anm. 99; Brinz S. 720; Unterholzner a. a. O. S. 86; Keller in Sells Jahrb. III S. 122.

2) Windscheid S. 476; Hanausek S. 22 Anm. 4.

dass diese Funktion der actio redhibitoria und quanti minoris erst späteren Ursprungs ist. Kuhlenbeck[1] und Baron erwähnen die beiden ädilicischen Klagen nicht als Mittel, um Ansprüche beim Fehlen von dicta et promissa geltend zu machen. Auch Neustetel stimmt mit der herrschenden Ansicht nicht überein. Er ist der Meinung, dass nur die actio redhibitoria bei Zusicherungen Anwendung findet, nicht aber die actio quanti minoris. Diese seine Meinung erklärt sich aus seiner schon oben erwähnten Ansicht, dass die actio quanti minoris nicht, wie allgemein angenommen, ädilicischen, sondern civilrechtlichen Ursprungs ist. Wenn er also nur die redhibitoria auf dicta et promissa übertragen wissen will, wird man darin keine erhebliche Abweichung von der herrschenden Ansicht in Bezug auf die vorliegende Frage sehen können. Eine Besonderheit vertritt er aber insofern, als er für die auf Zusicherungen angewandte actio redhibitoria einen besonderen Namen gebraucht: „actio adversus dictum promissumve." Wenn er diesen Namen anwendet, glaubt er sich auf l. 47 pr. D. de aedil. ed. 21, 1 berufen zu können. Doch möchte ich glauben, dass man aus dieser Stelle nicht auf eine besondere Klage schliessen kann. In der Literatur wird eine solche Klage sonst auch nicht genannt. Weshalb sollte man auch für diese Klage einen besonderen Namen gebrauchen, da beide Klagen in ihren praktischen Wirkungen sich doch nicht unterscheiden?

1) Kuhlenbeck S. 255.

§ 5.

Eine andere Frage bezüglich der Anwendung der ädilicischen Klagen ist die, ob dieselben überhaupt bei anderen Sachen als Vieh und Sklaven zur Anwendung kommen können, also auch im Falle der Herstellung von Gegenständen aus einem vom Unternehmer zu liefernden Stoffe. Ursprünglich war das ädilicische Edikt nur bestimmt, für den Marktverkehr mit Sklaven und Zugtieren neue Regelungen zu geben. Die herrschende Ansicht ist, dass dies Edikt auch auf andere Sachen ausgedehnt ist. Diese Ausdehnung ist zunächst nur eine theoretische, besonders von Labeo und seinen Schülern vertretene gewesen, ist dann aber als geltendes Recht angesehen worden. So sagt l. 1 pr. D. de aedil. ed. 21, 1: „Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes.“ Auch l. 63. eod. drückt dasselbe mit anderen Worten aus „— ÷ — edictum pertinere non tantum mancipiorum verum ceterarum quoque rerum.“

Gans[1] ist anderer Ansicht. Er meint, dass das alte Civilrecht schon für Grundstücke ähnliche Bestimmungen gehabt habe, wie die des ädilicischen Edikts für Sklaven und Vieh. Das Edikt sei also nur eine Ausdehnung des Civilrechts; das ädilicische Edikt hätte nicht wiederum ausgedehnt werden können. Wenn in der oben citierten lex „res quae

1) Gans im Arch. f. civ. Pr. II S. 112 ff.

soli sunt" erwähnt werden, so sieht er hierin nur einen Beweis dafür, dass die ädilicischen Bestimmungen schon von vornherein auf Grundstücke Anwendung fanden; unter den res mobiles versteht er nur die Accessionen der Sklaven und Grundstücke. Er ist also der Ansicht, dass die ädilicischen Klagen nur Anwendung finden bei Sklaven, Tieren, Landgütern nebst ihren Accessionen und Pertinenzien.

Diese Ansicht von Gans wird durch Thibaut[1] widerlegt. Die anfängliche Beschränkung des Edikts auf Sklaven und Tiere hat ihren Grund in der beschränkten Kompetenz der Ädilen. Die Anwendung von billigen Rechtssätzen durch logische Ausdehnung auf ähnliche Fälle entspricht durchaus den Gewohnheiten der römischen Jurisprudenz. Auch die Tatsache, dass bei gewissen Mängeln die Ausdehnung des Edikts ausdrücklich ausgeschlossen ist, spricht für die Unrichtigkeit der Gans'schen Ansicht. Unterholzner, Keller, Glück[2] sprechen sich in ähnlicher Weise für eine Ausdehnung der ädilicischen Klagen aus. Vangerow[3] macht Gans zum Vorwurf, dass er die l. 63 h. t. ganz übersehe, und geht so weit zu sagen, die Gans'sche Interpretation der l. 1 sei „so augenscheinlich verkehrt, dass eine ernstliche Widerlegung fast lächerlich sein würde." Auch Neustetel[4] will die ädilicischen

1) Thibaut a. a. O. S. 350 ff.

2) Unterholzner a. a. O. S. 76. 86, 97 ff.; Keller S. 68; Glück XX S. 38.

3) Vangerow S. 307.

4) Neustetel S. 210 ff.

Klagen ausgedehnt wissen, jedoch nicht in allen Fällen. Uns interessiert es nur, dass er im Falle von Zusicherungen die ädilicischen Klagen — also nach ihm nur die redhibitoria — für anwendbar erklärt.

In der neueren Literatur herrscht über diese Frage kein Streit mehr. Wir werden also annehmen können, dass dem Besteller beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften auch die beiden ädilicischen Klagen, actio redhibitoria und quanti minoris, zur Geltendmachung seiner Ansprüche zustehen.

§ 6.

Die actio redhibitoria, Wandelungsklage genannt, ist, um sie zunächst kurz zu charakterisieren, auf Auflösung des Vertrages gerichtet, wie l. 43 § 6 D. de aed. ed. 21,1 sagt, „ut reddito mancipio pretium restituatur". Über das Wesen dieser „Auflösung" existieren verschiedene Ansichten. Gesterding[1] vertritt die Ansicht, dass der Vertrag ipso iure ungültig ist. Er meint, es liege hier auf Seiten des Verkäufers eine unerlaubte Handlung vor. Der Besteller könne, falls Unternehmer den Preis fordere, die Zahlung verweigern und, falls er schon gezahlt, Zurückgabe des Kaufgeldes verlangen. Die Klage ist nicht darauf gerichtet, dass durch das Gericht der Vertrag aufgehoben wird, sondern das Nichtbestehen erklärt wird. Diese Ansicht wird man wohl nicht als richtig anerkennen können. Wenn Gesterding hier von einer unerlaubten Handlung

1) Gesterding a. a. O. S. 25 ff.

spricht; denkt er einseitig nur an die eine Funktion der actio redhibitoria, nämlich die, welche dienen soll zur Durchsetzung des ädilicischen Garantiezwanges. Allein von diesem Standpunkt aus könnte man seine Meinung vielleicht verstehen. Nicht aber kann man sie richtig finden, wenn man die materiellen Funktionen, wie beim Fehlen von dicta et promissa, sich vor Augen hält.

Die herrschende Ansicht, die vor allem von Ihering[1] und Windscheid vertreten wird, ist die, dass die Klage gerichtet ist auf das negative Interesse oder wie Windscheid sagt, dass „beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre". Als Belegstellen führt Windscheid an l. 23 § 1 h. t., l. 23 § 7 h. t. Besonders die erste Stelle scheint für die herrschende Ansicht deutlich zu sprechen: „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset". Doch meine ich, mich an Hanausek[2] anschliessend, dass die Stelle nicht etwa, wie Ihering und Windscheid meinen, besagt, dass die Parteien das bekommen, was sie hätten, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Beide übersehen das „amplius". Durch dieses Wort wird der Sinn der Stelle ein ganz anderer. Die Parteien sollen also höchstens so viel erhalten, als sie hätten, wenn der Kauf nicht geschlossen wäre. Eine andere

1) Ihering: „Über culpa in contrahendo". Jahrb. Bd. IV.
2) Hanausek S. 134.

Stelle (l. 21 pr. h. t.) „redhibere est facere, ut habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio", kann aus dem Grunde nicht zum Beweis dienen, weil in ihr nur vom Verkäufer die Rede ist. Die l. 23 § 7 eod.: „Julianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere" scheint für die herrschende Ansicht zu sprechen. Aber auch hier ist es ein Wort, nämlich quodammodo, das eine zu Gunsten dieser Ansicht versuchte Auslegung unmöglich macht. Sprechen also einerseits keine Quellenstellen für die herrschende Ansicht, so wird man andrerseits durch Erwägungen aus dem praktischen Leben das Unrichtige der herrschenden Ansicht nachweisen können. Man denke den Fall, der Besteller hätte — nachweisbar — wenn er den Vertrag über die mangelhafte Sache nicht geschlossen, bei einem andern Unternehmer den Gegenstand in Bestellung gegeben und infolge günstiger Veräusserungsgelegenheit mit erheblichem Vorteil weiterveräussern können. Sollte etwa der Unternehmer dem Besteller diesen entgangenen Gewinn ersetzen? Die herrschende Ansicht giebt übrigens selbst das Unmögliche eines solchen Anspruchs bei der redhibitoria zu. Und doch müsste man nach Windscheid's Worten diesen Schluss ziehen. Ausserdem spricht noch gegen Ihering's und Windscheid's Ansicht — und darauf möchte ich das Hauptgewicht legen — die l. 17 § 2 D. de furtis 47,2, eine lex, auf die Windscheid

übrigens auch aufmerksam macht, ohne indes durch sie seine Ansicht erschüttern zu lassen. Die Stelle: „cum autem servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit" giebt die Entscheidung, dass bei der redhibitoria die Sachlage nicht nur von dem Standpunkte zu beurteilen ist, dass die Sache dem Unternehmer früher einmal gehört hat, sondern man muss vor allem in Betracht ziehen, dass die Sache bereits dem Besteller gehörte. Es soll hinsichtlich der Ansprüche beider Parteien nicht die Zeit des Vertragsschlusses berücksichtigt werden, sondern der gegenwärtige Tatbestand. Es soll also nach Brinz der Vertrag „allein ohne Fiktion, ohne Rescission, in bloss faktischer natürlicher Weise" rückgängig gemacht werden. Die Redhibition ist — wie Hanausek sagt — nicht eine resolutio ex tunc, sondern eine resolutio ex nunc.

Eine vermittelnde Stellung zwischen der herrschenden und der hier vertretenen Ansicht nimmt Mommsen[1] ein. Er hält im Allgemeinen an dem Prinzip fest, dass die actio redhibitoria den Zweck hat, beide Parteien in die Lage zu versetzen, in welcher sie gewesen wären, wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wäre. Doch will er dies Prinzip nicht streng durchgeführt, sondern in weitgehender Weise beschränkt wissen. Überhaupt meint er, sei es nur in Ansehung des Käufers (Bestellers) durchgeführt, und auch da nur mit mehrfachen Be-

1) Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht II S. 33 ff.

schränkungen. Kann man bei so vielen Beschränkungen überhaupt noch von einer Durchführung des Prinzips sprechen? — Jedenfalls tragen seine Ausführungen dazu bei, das Unrichtige der herrschenden Ansicht klar zu legen. —

Der Besteller macht mit der actio redhibiteria folgende Ansprüche geltend. An erster Stelle hat er Anspruch auf den gezahlten Preis und Zinsen von dem Preise für die Zeit von der Zahlung bis zur Rückzahlung desselben l. 27 D. de aedil. ed. 21,1; „dari antem non id solum accipiemus quod numeratur venditori, utputa pretium et usuras eius". Aus dem Wortlaut könnte man vielleicht entnehmen, dass nur Zinsen zu erstatten, die dem Unternehmer tatsächlich gezahlt sind. Es wäre an den Fall zu denken, dass der Preis dem Besteller creditiert war und dieser Zinsen gezahlt hat. Doch ist wohl anzunehmen, dass im Falle sofortiger Zahlung des Preises der Unternehmer auch die Zinsen erstatten muss; wenigstens ist das die allgemeine Annahme. Es dürften auch keine Bedenken hiergegen zu erheben sein. Man war wohl der Ansicht, dass die Zinsen, vom wirtschaftlichen Standpunkt betrachtet, ein Teil des Preises sind. Nicht aber sind sie zu zahlen aus dem Gesichtspunkt der Leistung eines Interesses. Ferner kann der Besteller zurückverlangen die accessiones. Dass hierunter etwas anderes als Zinsen zu verstehen sind, geht daraus hervor, dass in l. 29 § 2 D. de aedil. ed. 21,1 accessiones und usurae neben einander genannt sind. Unter

accessiones sind vielmehr Zutaten, die dem Preise noch zur Bestärkung des Vertrages hinzugefügt sind, zu verstehen.[1] Doch sind nur solche Vertragsbestärkungen mit den accessiones gemeint, welche neben dem Preise dem Unternehmer zu Gute kommen, nicht aber solche, welche im Interesse anderer Personen oder beider Parteien liegen. Ausserdem hat der Besteller noch Anspruch auf Ersatz der Kosten und Aufwendungen. l. 27 D. de aedil. ed. 21,1 sagt: „dari — — accipiemus — — et si quid emtionis causa erogatum est. Hierunter werden meistens die beiden genannten Ansprüche verstanden. Doch ist wohl richtiger, hierunter nur die Kosten zu verstehen, die bei und zwecks Abschluss des Kaufes entstanden sind. Der Ersatz der Aufwendungen folgt vielmehr aus l. 29 § 3 D. de aed. ed. 21,1 und l. 30 § 1 D. eod.

Ob der Besteller mit der actio redhibitoria auch auf Ersatz des infolge des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft entstandenen Schadens klagen kann, ist zweifelhaft. Es existiert keine Quellenstelle, die unzweideutig ausspricht, dass bei dicta et promissa der mit der actio redhibitoria klagende Besteller auch Ersatz des Schadens verlangen kann. Doch wird man während über die Frage bezüglich Schadensersatzes wegen sonstiger Mängel Streit herrscht, sie in unserem Falle wohl bejahen müssen.

Einige Schriftsteller sprechen sich für Schadensersatz unter allen Umständen, also auch bei dicta

1) Dehn In. Diss. S. 11.

et promissa, aus, so Herrmann;[1] Windscheid[2] meint, dass der Unternehmer zu Schadensersatz verpflichtet ist, wenn ihn eine Schuld trifft; Die Mehrzahl der Schriftsteller spricht indes bestimmt aus, dass bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften die actio redhibitoria auch auf Schadensersatz geht, so Gesterding, Hoffmann, Glück, Sintenis, Hanausek.[3]

Endlich spricht noch für diese Ansicht eine Entscheidung des O.A.G. Lübeck,[4] in der es heisst: „Es ist eine durchgreifende Regel des Gemeinen Rechts, dass der Verkäufer (Unternehmer) durch das objektive Vorhandensein eines Fehlers der verkauften (bestellten) Sache an sich nur zur Redhibition oder Preisminderung verpflichtet wird, für einen dem Käufer (Besteller) aus der fehlerhaften Beschaffenheit entstandenen Schaden aber nur im Falle eines dolus oder eines dictum promissum zu haften hat.“ — Doch dürfte sich der Schadensersatz im vorliegenden Falle niemals auf lucrum cessans erstrecken.[5]

§ 7.

Die andere ädilicische Klage, die dem Besteller beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften zusteht, ist

1) Herrmann a. a. O. S. 452.
2) Windscheid § 394.
3) Sintenis S. 624; Gesterding a. a. O. S. 27 Anm.; Hoffmann a. a. O. S. 179; Glück S. 179.
4) Seufferts Arch. XVI S. 181.
5) Starker Inaug. Diss.

die actio quanti minoris. Diese Klage ist gerichtet auf Minderung des Preises. Wie diese Minderung vorzunehmen ist, ist aus den Quellen nicht klar zu erkennen. Sie setzen, den Verhältnissen der altrömischen Zeit entsprechend, Übereinstimmung des Preises mit dem wahren Werte der Sache voraus Daraus erklärt es sich, dass an einigen Stellen davon gesprochen wird, dass der Besteller so viel zurückbekomme, quanti minoris res fuerit (l. 38 § 13 D. de aedil. ed. 21, 1; an anderen Stellen dagegen, der Besteller solle fordern können, quanto minoris emturus fuerit (l. 32 § 1 D. de evict. 21, 2).

Dass die wörtliche Auslegung sowohl der einen wie der anderen Ausdrucksweise zu keinem heute befriedigenden Resultate führt, sei an einem Beispiel dargelegt. Nehmen wir den Fall an, jemand bestellt eine Maschine, die mit einer bestimmten zugesicherten Eigenschaft 800 Mk. wert ist, für 1000 Mk.; infolge Fehlens dieser Eigenschaft ist sie aber nur 600 Mk. wert. Wäre die Differenz zwischen dem Werte der Maschine mit diesem Mangel und dem Werte derselben mit der angegebenen Eigenschaft massgebend, so könnte der Besteller 200 Mk. von dem Preise abziehen. Wäre dagegen die Differenz zwischen dem Werte der Maschine in dem fehlerhaften Zustande und dem Preise ausschlaggebend, so könnte er 400 Mk. zurückfordern. Beide Quellenstellen führen also bei den heutigen Verhältnissen zu verschiedenen Resultaten, die auch beide wenig befriedigen. Die Minderung ist vielmehr,

wie zuerst Hoffmann und Bähr[1] darlegen, — Puchta[2] spricht allerdings auch schon von verhältnismässiger Minderung, ohne indes seine Ansicht genau darzulegen — als eine verhältnismässige Minderung zu verstehen. In dem angegebenen Beispiel wäre also die Minderung in folgender Weise zu berechnen. Der gesuchte Preis (X) verhält sich zu dem Wert der Maschine mit dem Mangel wie der Preis zu dem Werte der Maschine mit der zugesicherten Eigenschaft, also:

$$\frac{X}{600} = \frac{1000}{800}$$

$$X = \frac{1000 \cdot 600}{800}$$

$$= \frac{6000}{8}$$

$$= 750.$$

Besteller könnte also nach dieser Berechnung 250 Mk. zurückfordern. Diese Berechnung führt allein zu einem befriedigenden Resultate. In der modernen Literatur — ich erwähne nur Vangerow, Dernburg, Windscheid — wird auch diese Art der Berechnung allgemein angenommen. Eine besondere Berechnungsweise vertritt noch Hellweg.[3] Er meint, dem Besteller sei die Differenz zwischen dem vereinbarten Preise und dem Preise, den er bei Kenntnis des Mangels gegeben hätte, zuzusprechen. Für diese subjektiv gefärbte Art der

1) Hoffmann a. a. O. S. 181 ff.; Bähr a. a. O. S. 67 ff.
2) Puchta S. 522.
3) Hellweg i. Arch. f civil. Pr. Bd. 59 S. 37 ff.

Berechnung fehlt wohl jeder Anhalt in den Quellen; ich glaube wenigstens nicht, dass l. 32, § 1 D. 21, 2 so zu interpretieren ist; man vergleiche nur l. 38 pr. D. 21, 1 mit dieser Stelle. Man wird wohl also die oben dargestellte Art der Minderung als die allein richtige ansehen müssen.

§ 8.

Zwischen den geschilderten 3 Klagen hat der Besteller die Wahl; er kann seine Ansprüche mit der actio emti, der actio redhibitoria oder der actio quanti minoris geltend machen (l. 48 § 2 D. de aed. ed. 21, 1). Während jedoch die erstgenannte Klage erst in 30 Jahren verjährt, sind die beiden ursprünglich ädilicischen Klagen an kürzere Verjährungsfristen gebunden Erstere verjährt in 6 menses utiles und die actio quanti minoris innerhalb eines annus utilis (l. 38 p. D. 21, 1). Die actio quanti minoris kann beim Fehlen mehrerer zugesicherter Eigenschaften mehrere Male angestellt werden (l. 31 § 16 D. de aedil. ed. 21, 1).[1] Auch die actio redhibitoria[2] kann, falls Besteller das erste Mal mit ihr nicht durchdringt, noch einmal wegen eines anderen Mangels angestellt werden. Ist einmal die redhibitoria erhoben, so kann trotzdem noch auf Minderung geklagt werden, nicht aber kann, falls anfangs auf Minderung Klage erhoben ward, nachträglich noch die redhibitoria

---

1) Dernburg S. 269.

2) Gesterding a. a. O. S. 66 ff.; Westphal § 473; Dernburg S. 269.

angestrengt werden. Wenn Besteller den voraussichtlichen Mangel wusste oder wissen musste, sind — nach Dernburg — sowohl die ädilicischen Klagen wie die actio emti ausgeschlossen. Eine Bestimmung des Kaufes scheint mir auf den Werklieferungsvertrag nicht anwendbar, nämlich die Bestimmung, dass der massgebende Zeitpunkt der des Vertragsschlusses ist. Zu dieser Zeit werden — bis auf wenige Ausnahmen — die zugesicherten Eigenschaften fast immer fehlen. Ich möchte deshalb hier als entscheidenden Zeitpunkt den Augenblick der Übergabe annehmen.

§ 9.

Erwähnen möchte ich noch eine Frage, die im Hinblick auf das BGB. von Interesse scheint; ich meine die Frage, ob die ädilicischen Klagen bei der Lieferung generisch bestimmter Sachen Anwendung finden. Im BGB. existiert ja noch eine besondere Bestimmung für Haftung bei Lieferung von der Gattung nach bestimmten Sachen. Es ist also von Interesse, ob im Gemeinen Rechte die Haftung bei Leistung generisch bestimmter Sachen sich etwa auch von der bei Leistung einer Spezies unterscheidet. Die Frage nach Anwendung der actio redhibitoria und actio quanti minoris ist sehr bestritten. Windscheid, Thöl, Seuffert haben sich dagegen ausgesprochen. Sie meinen, dass der Titel der Pandekten de aedilicio edicto nur an einen Spezieskauf denkt und dass die Römer einen Genuskauf gar nicht gekannt haben. Bei einer Genusobligation

könne vielmehr der Besteller Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordern, da hier die Lieferung einer mangelhaften Sache nicht als Erfüllung anzusehen sei. Dagegen kann ich — und das ist die herrschende Ansicht — diese Gründe nicht als ausreichend ansehen, um die ädilicischen Klagen hier als nicht anwendbar anzusehen. Das Reichsgericht hat sich auch für Anwendbarkeit ausgesprochen.[1] Auch die Behauptung der gegnerischen Ansicht, dass in der Lieferung einer Sache ohne die betreffende Eigenschaft Nichterfüllung zu sehen sei, wird man nicht unter allen Umständen als richtig ansehen können, sondern nur dann, wenn die Lieferung eines „aliud" vorliegt.[2] Nur dann wird man eine anderweitige Lieferung als zulässig annehmen können. Doch ist eine eingehendere Erörterung dieser Frage hier nicht von Interesse.

§ 10.

Im BGB. ist — wie bereits gesagt — für die Haftung des Unterehmers im Werklieferungsvertrag beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften wesentlich, ob der Unternehmer eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Sache herzustellen hat. Bei Herstellung einer vertretbaren Sache hat also der Besteller die Ansprüche des Käufers beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

Was versteht das BGB. unter zugesicherten Eigenschaften? Im Gemeinen Recht — so sahen

1) R. G. Entsch. Bd. 6 S. 189.
2) Dernburg S. 270 Anm. 22.

wir — war darüber kaum Streit. Die dicta et promissa konnten auch kaum einen Zweifel aufkommen lassen; mehrere Digestenstellen gaben, wie wir ja oben gesehen, verschiedene Auslegungsregeln. Dagegen ist in der Literatur zum BGB. Streit. Während die einen — so Matthiass, Eccius, Goldmann-Lilienthal[1] — meinen, dass die Zusicherung in den Vertrag mit aufgenommen sein muss, also nicht etwa vor dem Vertrag abgegeben werden darf, sind andere, wie Endemann, Planck, Örtmann, Emerich[2] der Ansicht, dass eine Zusicherung als verbindlich anzusehen ist, wenn sie ausdrücklich und ernstlich abgegeben ist, wenn beide Parteien sie als bindend ansehen, und auch aus den näheren Umständen hervorgeht, dass die Zusicherung als ernsthaft und nicht als leere Phrase anzusehen ist. Überhaupt ist die Frage nach zugesicherten Eigenschaften nach Lage der näheren Umstände im einzelnen Fall zu beurteilen. Andere Schriftsteller, nämlich Dernburg und Ennecceruś-Lehmann,[3] vertreten die Ansicht, dass eine Zusicherung auch stillschweigend abgegeben werden kann; auch seien die in öffentlichen Ankündigungen und Prospekten gegebenen Zusicherungen zu gewährleisten. Ich möchte mich der an zweiter Stelle genannten Ansicht anschliessen,

1) Matthiass S. 496; Eccius S. 309; Goldmann u. Lilienthal S. 493.

2) Endemann S. 119; Planck S. 247; Emerich S. 61; Oertmann S. 182.

3) Dernburg S. 51; Ennecerus-Lehmann S. 534.

dass eine Zusicherung als verbindlich anzusehen ist, wenn sie in ernsthafter Weise als bindend abgegeben ist. Eine andere Frage ist die, ob unter Zusicherung von Eigenschaften volle Garantie für das Vorhandensein der betr. Eigenschaften zu verstehen ist. Wenn es sich um Herstellung einer vertretbaren Sache handelt, nehmen die meisten Schriftsteller[1] an, dass in der Zusicherung einer Eigenschaft auch Garantieübernahme liegt. Dagegen dürfte bei Herstellung einer nicht vertretbaren Sache die Zusicherung keine Garantieübernahme enthalten, denn hier ist der Unternehmer zu Schadensersatz nur verpflichtet, wenn ihn ein Verschulden trifft. Durch blosse Anpreisungen und Lobeserhebungen wird keinerlei Verpflichtung für den Unternehmer erzeugt.[2] Auch darüber besteht Einstimmigkeit, dass unerhebliche Abweichungen von der zugesicherten Eigenschaft wesentlich sind. Man wird dies aus § 459 schliessen müssen, der den Satz, dass eine unerhebliche Abweichung nicht in Betracht kommt, im Anschluss an die allgemeine Haftung für Fehler bringt, nicht aber bei der Haftung für zugesicherte Eigenschaften erwähnt. Doch wird wohl nicht die kleinste Abweichung gerügt werden können; denn auch hier werden die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben zur Anwendung kommen.[3] Zusicherung einer „Eigenschaft" kann unter Umständen

1) Oertmann S. 181 ff.; Crome: Partiar. Rechtsg. S. 288; Goldmann u. Lilienthal S. 496; Planck S. 244; Emerich S. 62.
2) Matthiass S. 496; Kuhlenbeck.
3) Crome S. 457.

auch im Zusichern einer Quantität bestehen; man denke an den Fall, dass jemand bei einem Schneidemüller eichene Bretter von bestimmter Breite und Stärke in Bestellung gibt.[1] Für die zugesicherte Eigenschaft ist es ganz ohne Bedeutung, ob durch sie der Wert der Sache erhöht ist und ob die Eigenschaft für den Besteller ein vernünftiges Interesse hat.[2] Die Zusicherungen können vielmehr ganz willkürliche sein.

§ 11.

Beim Fehlen solcher zugesicherter Eigenschaften hat der Besteller folgende Ansprüche: Wandelung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und bei Genusobligation Nachlieferung einer mangelfreien Sache. Finden alle Bestimmungen des Kaufes auch für den Werklieferungsvertrag Anwendung? Im Allgemeinen wird die Frage wohl zu bejahen sein. Eccius[3] führt allerdings aus, dass im Falle, dass der Verkäufer die Herstellung einer zugesicherten Eigenschaft erst übernimmt, nicht die gewöhnlichen Regeln über Mängelhaftung zur Anwendung kommen, sondern diese Zusicherung als Nebenvertrag zu betrachten sei, aus dem die gewöhnlichen Ansprüche bei Nichterfüllung eines Vertrages zustehen. Auch beim Werklieferungsvertrag soll ja gewöhnlich die Eigenschaft erst hergestellt werden. Aber doch meine ich, dass hier die Sachlage eine ganz andere

1) Cosack S. 442.
2) Endemann S. 719; Dernburg S. 48; Crome S. 456.
3) Eccius a. a. O. S. 310.

ist; denn hier soll nicht allein die Eigenschaft nachträglich, sondern die ganze Sache hergestellt werden. Darin liegt ja gerade das Wesen des Werklieferungsvertrages, und die Regeln des Käufers sollen ja gerade — trotz dieses gewissen Unterschiedes — auf den Werklieferungsvertrag angewendet werden. Zweifel könnten noch bestehen bezüglich des § 460. Der Paragraph sagt, dass der Verkäufer einen Mangel nicht zu vertreten hat, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluss des Kaufes kennt. Planck[1] und auch Eccius meinen — was wohl auch zutreffend ist — dass § 460 keine Anwendung findet, wenn die Eigenschaft erst hergestellt werden soll. Beim Werklieferungsvertrag liegt es ja auch meist so, dass die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft erst hergestellt werden soll, dass der Besteller das Fehlen der Eigenschaft im Augenblick des Abschlusses des Vertrages kennt. Es wäre ja absurd, wollte man hier den Paragraphen anwenden. Aber trotzdem meine ich, dass man unter gewissen Umständen diesen Paragraphen doch nicht unbeachtet lassen soll. Man denke an den Fall, dass die zugesicherte Eigenschaft schon an dem vom Unternehmer zu bearbeitenden Stoffe vorhanden sein soll: Besteller wünscht z. B. einen Anzug — nicht nach Mass — aus einem Stoffe mit bestimmtem Muster. In dem Falle steht wohl einer Anwendung von § 460 nichts im Wege.

Noch einen andern Zweifel kann § 460 erregen, nämlich den, ob Abs. 1 überhaupt auf Zusicherung

1) Planck S. 247.

von Eigenschaften Bezug hat. Eccius[1] hat anfangs dies geleugnet, sich aber später doch für Anwendbarkeit ausgesprochen. Auch andere Schriftsteller sind der Ansicht. So führen Oertmann und Goldmann-Lilienthal[2] aus, dass das BGB. unter „Mängeln" gewöhnliche Fehler und Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht, dagegen Abweichungen von der gewöhnlichen Beschaffenheit einer Sache als „Fehler" bezeichnet.

§ 12.

Die Ansprüche, die dem Besteller beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften zustehen, sind oben bereits kurz aufgeführt. Kann Besteller sofort diese Ansprüche geltend machen oder muss er sich etwa Beseitigung des Mangels und nachträgliche Besserung gefallen lassen? Oertmann[3] meint, dass Besserung schon im gemeinen Recht möglich gewesen ist, allerdings wäre es nur „bisweilen" angenommen, und hält sie auch nach BGB. für zulässig.[4] Dagegen möchte ich mit Planck, Endemann, Crome, Cosack, Weyl[5] eine Nachbesserung nicht für zulässig halten. Dieselbe dürfte auch hier, wo es sich um Lieferung einer vertretbaren Sache handelt,

1) Eccius i. d. Kritik v. Meisners Kommentar (Gruchots Beitr.)

2) Oertmann S. 181; Goldmann u. Lilienthal S. 494 Anm. 7.

3) Oertmann S. 187.

4) Seufferts Archiv XV Nr. 116 S. 187, Seufferts Archiv XLVI Nr. 211 S. 338.

5) Endemann S. 724; Crome S. 447; Planck S. 249; Cosack S. 439; Weyl S. 406.

den Anforderungen des praktischen Lebens nicht entsprechen.

§ 13.

Als ersten Anspruch nennt das Gesetz die Wandelung. Die Wandelung ist wohl eine der verunglücktesten Konstruktionen im BGB. und infolgedessen bestritten. Über die freiwillige Durchführung der Wandelung kann allerdings kaum Streit sein. Die Wandlung erfolgt im BGB. durch Vertrag. Diese Konstruktion ist vollkommen neu. Noch im ersten Entwurfe genügte für den Vollzug der Wandelung die einfache Erklärung des Wandelnden. Die Kommission wollte jedoch dem Wandelnden Gelegenheit geben, bis zur Einverständnis-Erklärung des Verkäufers (Unternehmers), seine Erklärung zu ändern. Es wurde deshalb die Vertragskonstruktion gewählt. Die Wandelung kommt zu Stande dadurch, dass der Besteller an den Unternehmer das Verlangen richtet, sich mit der Rückgängigmachung des Vertrages einverstanden zu erklären. Der Unternehmer ist verpflichtet, sich auf den an ihn gerichteten Vertragsantrag zu erklären. Mit Erklärung des Einverständnisses ist die Wandelung vollzogen, d. h. der Effekt herbeigeführt, wie wenn sonst Rücktritt vom Vertrage erklärt wird.[1] Einige Schriftsteller — so Planck, Goldmann-

1) Dernburg S. 59; Enneccerus u Lehmann S. 537; Endemann S. 721.

Lilienthal, Goudefroy, Balcke[1] — gehen so weit, aus der Vertragskonstruktion der Wandelung zu schliessen, dass auf die Wandelung auch die Bestimmungen des § 145 zur Anwendung kommen, dass also der Besteller an seinen Antrag gebunden ist. Diese Konsequenz braucht man wohl nicht zu ziehen, vielmehr wird man annehmen müssen, dass der Besteller seinen Vertragsantrag jederzeit widerrufen kann.[2] Denn die Vertragskonstruktion ist ja gerade gewählt, um dem Besteller die Möglichkeit des Entschlusswechsels zu geben. Ausserdem dürften die Gründe, die eine Bindung des Antragstellers im freiwilligen Vertrage wünschenswert erscheinen lassen — ich meine Gründe der Verkehrssicherheit — hier nicht vorliegen. Streitig ist die Frage der Durchführung der Wandelung, falls ein Vertrag nicht zu Stande kommt. Muss man auch im Falle der prozessualen Geltendmachung der Wandelung an der Vertragskonstruktion festhalten, oder ist etwa noch eine andere Art der Durchführung der Wandelung durch direkte Geltendmachung des Anspruches auf Rückgängigmachung entsprechend dem gemeinen Recht und dem Entwurf I möglich? Die herrschende Ansicht[3] meint, dass unter allen Umständen die Wandelung durch Vertrag der Parteien zu Stande kommt. Der Besteller hat darnach auf Eingehung

1) Planck S. 250; Goldmann u Lilienthal S. 498; Goudefroy S. 40; Balcke S. 53.

2) Matthiass S. 206 a. a. O.

3) Planck, Kuhlenbeck, Oertmann, Schollmeyer. Windscheid, Flechtheim, Cosack, Dernburg.

des Vertrages zu klagen, derart, dass die Verurteilung des Unternehmers auf Annahme der Wandelungserklärung des Klägers erfolgen soll Die Verurteilung des Beklagten zur Abgabe dieser Erklärung ersetzt die Annahmeerklärung. Sie ist Grundlage für eine neue Klage, deren Inhalt die Ausführung der Wandelung, die Wiederherstellung des früheren Zustandes gemäss § 467 ist. Um die hierdurch entstehende Verzögerung und Verschleppung zu vermeiden, meint die herrschende Ansicht — und auch die Praxis hat sich dieser Ansicht angeschlossen — könnten beide Klagen mit einander verbunden werden, sodass der Kläger also gleichzeitig auf Eingehung des Vertrages und die sich aus dem Vertrage ergebenden Ansprüche klagen kann. Die herrschende Ansicht stützt sich bei Vertretung dieser ihrer Ansicht wohl weniger auf den Wortlaut des Gesetzes, als auf die Erwägungen und Absichten der Kommission. So heisst es unter anderem in den Protokollen:[1] „Als Folge der Aufhebung des Vertrages durch Vertrag oder rechtskräftiges Urteil ergeben sich dann von selbst das Recht des Bestellers (Käufers,) die Zahlung des Preises zu verweigern und, falls er bereits gezahlt, das Gezahlte zurückzufordern — —". Im Anschluss daran findet sich folgende Stelle: „von selbst versteht es sich, dass er diese Ansprüche zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung des Vertrages geltend machen kann". Hierauf stützt sich vor allem die herrschende An-

1) Protokolle I S. 680.

sicht. Aus dem Gesetze ist es der § 465, der die Grundlage dieser Ansicht ist. Aus den Worten „die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt," schliesst die herrschende Ansicht, dass die Wandelung allein durch Vertrag zu Stande kommt

Gegen eine solche Konstruktion wenden sich besonders Matthiass, Eccius und Thiele.[1] Man kann auch viele Bedenken dagegen haben. Die herrschende Ansicht hält die Verbindung der beiden Klagen für selbstverständlich. Ich glaube nicht, dass es zulässig ist, den Anspruch auf Zustimmung und den auf Rückgewähr mit einander zu verbinden; denn der erstere bildet ja die Voraussetzung für den letzteren. Vor Rechtskraft der ersteren Klage ist die zweite doch noch garnicht möglich. Die Verpflichtung zur Rückleistung beruht auf dem Wandelungsvertrage: diese Ansprüche können erst geltend gemacht werden, nachdem der Unternehmer entweder seine Zustimmung zum Wandelungsvertrage erklärt hat oder zur Abgabe derselben verurteilt ist. Hinzu kommt noch, dass der Besteller doch die Möglichkeit hat, seine Erklärung jederzeit zu widerrufen. Man kann doch aber wohl nicht annehmen, dass der Kläger auf Erfüllung eines Vertrages klagen kann, von dem er jederzeit noch zurücktreten kann. Ferner ergeben sich Schwierigkeiten, wenn man an die

1) Matthiass a. a. O. S. 206 f.; Eccius a. a. O. S. 320 ff.; Thiele a. a. O.

vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils denkt.[1] Wie soll das auf Rückleistung gehende Urteil vorläufig vollstreckt werden können, wenn der Kläger noch die Möglichkeit hat, von dem Vertrage zurückzutreten? Auch ohne Rücksicht auf die Klageverbindung ergeben sich noch verschiedene Schwierigkeiten aus dem strikten Festhalten an der Vertragsnatur. So ist es doch unbedingt notwendig, dass bei Abschluss des Vertrages der Unternehmer noch voll geschäftsfähig ist.[2] Sollte das nicht mehr der Fall sein, entsteht eine Verzögerung, die gerade bei der Wandelung als besonders lästig empfunden werden dürfte. Ferner spricht gegen die strikte Durchführung der Vertragskonstruktion der Umstand, dass das Gesetz selbst sich nicht streng an die Vertragsnatur der Wandelung hält. In einem Falle ist ausdrücklich gesagt, dass die Wandelung zustande kommt, auch ohne dass ein Vertrag zwischen Besteller und Unternehmer geschlossen ist. Nach dem § 478 kann der Besteller, wenn er, bevor der Anspruch auf Wandelung verjährt ist, den Mangel dem Unternehmer angezeigt hat, auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Preises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung dazu berechtigt wäre. Natürlich steht die Einrede dem Besteller auch dann zu, wenn der Anspruch auf Vertragsschluss noch nicht verjährt ist. Mit der Wandelungseinrede ist in dem Falle die Wandelung vollzogen. Die von Planck und

1) Matthiass a. a. O. S. 207; Goudefroy S. 42.
2) Matthiass a. a. O. S. 207.

Flechtheim[1] hiergegen geltend gemachten Bedenken, dass durch die Einrede der Vollzug der Wandelung nicht erfolgen könne, weil die Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist, sind wohl nicht als wesentlich in Betracht zu ziehen. Denn, wenn man eine Wandelungseinrede anerkennt, muss man ihr auch die gleiche Bedeutung beilegen.

Trotz dieser vielen Bedenken, die gegen eine ausschliesslich vertragliche Durchführung der Wandelung geltend zu machen sind, müsste man doch an ihr festhalten, wenn dieselbe in dem Gesetz ausdrücklich bestimmt wäre. Doch in welchem Paragraphen kommt die von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretene Ansicht bestimmt zum Ausdruck? Dass die zweite Kommission diesen Standpunkt vertritt, ist ja sicher. Doch folgt daraus noch nicht, dass die Ansicht der Kommission auch Gesetz geworden ist. Die herrschende Ansicht stützt sich freilich auf den schon citierten § 465. Doch glaube ich nicht, dass man ohne Kenntnis de Kommissionsprotokolle diesen Sinn in den § 465 hineinlegen würde. Ich bin der Ansicht, dass dieser Paragraph nicht zum Ausdruck bringt, dass die Wandelung auf jeden Fall durch Vertragsschluss zu Stande kommt. Vielmehr meine ich, dass dieser Paragraph nur den Zeitpunkt bezeichnet, bis zu welchem der Besteller seine abgegebene Erklärung ändern kann. Dieser Sinn ergiebt sich aus dem Worte „ist". Sollte der von der herrschenden Ansicht gewollte Sinn in dem Paragraphen liegen

1) Planck zu § 478; Flechtheim a. a. O.

müsste es heissen: „Wandelung wird vollzogen“ Ja ich möchte sogar im Gegenteil aus dem § 465 schliessen, dass die Vertragskonstruktion nicht unbedingt festgehalten werden muss. Wäre das die Absicht des Gesetzes, dann wäre es überflüssig, einen Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu welchem die Erklärung widerrufen werden kann. Es würden vielmehr die allgemeinen Vertragsbestimmungen zur Anwendung kommen, d. h. die einmal abgegebene Erklärung würde nach § 145 unwiderruflich sein Auch aus dem sonstigen Wortlaut des § 465 braucht man nicht auf einen Vertrag zu schliessen, denn die Worte „Verlangen“ und „sich einverstanden erklären“ werden nicht ausschliesslich mit Bezug auf Verträge gebraucht. Wollte man den von der herrschenden Ansicht gewollten Sinn in den § 465 hineinlegen, müsste man auch die Konsequenz ziehen, dass die Nachlieferung einer mangelfreien Gattungssache allein durch Vertrag erfolgen kann. [1] Denn der § 465 findet ja auch für diesen Fall Anwendung. Es könnte darnach der Besteller zunächst nur verlangen, dass der Unternehmer sich mit der Sachlieferung einer mangelfreien Sache einverstanden erklärt, und erst dann die Lieferung. Eine solche Konstruktion dürfte wohl schwerlich vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein.

Von anderer Seite wird versucht, die herrschende Ansicht mit Bezugnahme auf den § 467 zu beweisen. In diesem Paragraphen ist die Anwendung des § 349, der bestimmt, dass der

1) Goudefroy S. 46.

Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, ausgeschlossen. Hiermit ist wohl aber nichts bewiesen, denn dass die Wandelung nicht durch einseitige Erklärung vollzogen wird, wird ja garnicht bestritten. Hieraus aber Schlüsse auf die prozessuale Durchführung der Wandelung ziehen zu wollen, dürfte verfehlt sein. Da sich also im Gesetz kein Anhalt für die herrschende Ansicht findet und viele Bedenken gegen sie sprechen, müssen wir annehmen, dass die Wandelung auch noch auf anderem Wege vollzogen werden kann. Der § 462 ist wohl der Paragraph, in welchem die Wandelung geregelt ist. Dieser sagt, dass der Besteller Rückgängigmachung des Vertrages verlangen kann. Gegenstand des Anspruchs ist also Rückgängigmachung, nicht aber Einwilligung in den Abschluss eines Wandelungsvertrages. Der Besteller kann demnach auch, falls der Wandelungsvertrag nicht zu Stande kommt, sofort die Klage auf die ihm nach § 467 aus der vollzogenen Wandelung zustehenden Ansprüche richten.

Ist die Wandelung vollzogen, so finden auf sie die Vorschriften für das vertragsmässige Rücktrittsrecht Anwendung (§ 467, §§ 350 ff.) Darnach ist Wandelung ausgeschlossen, wenn der Besteller den Untergang, eine wesentliche Verschlechterung der Sache oder die sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet hat. Desgleichen, wenn er die Sache umgestaltet hat; jedoch nicht, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt

hat (§§ 352, 467). Der Zweck der Wandelung ist, die Parteien möglichst in den Zustand zurückzuversetzen, in dem sie sich vor Abschluss des Vertrages befanden. Deshalb haben sie sich im Allgemeinen das zurückzuerstatten, was sie auf Grund des Werklieferungsvertrages erhalten haben. Der Unternehmer ist verpflichtet, das Entgelt zurückzuzahlen und vom Tage des Empfanges desselben mit 4 vom Hundert zu verzinsen (§§ 347, 467). Ist der Preis nicht bar bezahlt, sondern ist der Besteller irgend eine Schuldverpflichtung eingegangen, so kann er Befreiung von derselben verlangen. Sodann ist der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die Kosten des Vertrages zu ersetzen (§ 467, S. 2). Endlich muss der Unternehmer noch für Verwendungen, die der Besteller auf die Sache gemacht hat, Ersatz leisten und zwar nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 467; 347; 994, 2; 683 ff.), also nur für notwendige Aufwendungen, und wenn dieselben im Sinne und Interesse des Unternehmers lagen. Schadensersatz auf Grund des Vollzugs der Wandelung geltend zu machen, ist dem Besteller nicht möglich.

§ 14.

Ausser Wandelung hat Besteller die Möglichkeit, Minderung des Preises zu verlangen. Die Minderung wird im BGB. ebenso behandelt wie die Wandelung. Auch Minderung kommt dadurch zu Stande, dass der Besteller an den Unternehmer das Verlangen der Minderung stellt und dieser sich da-

mit einverstanden erklärt. Zugleich mit der Erklärung des Einverständnisses erfolgt auch Festsetzung der Summe, um welche der Preis gemindert werden soll. Auch im Wege der Klage wird — nach der herrschenden Ansicht — der Besteller Zustimmung und zugleich Festsetzung der Minderung verlangen. Die Bedenken, die gegen eine solche Konstruktion der Wandelung sprachen, sind auch hier angebracht. Hier spricht noch Folgendes dagegen.[1] Die Minderungsklage ist doch auf einen bestimmten Betrag zu richten. Wenn nun das Gericht die Höhe des Minderpreises nicht für angemessen hält, kann doch — aus praktischen Gründen — nicht Abweisung erfolgen; andrerseits kann auch nach allgemeinen prozessualen Gründen auf eine andere Summe als die beantragte nicht verurteilt werden. Doch setzt die herrschende Absicht über die Bedenken sich hinweg und meint, dass hier das Gericht eine Herabsetzung des Minderpreises vornehmen kann. Ich kann mich hiermit nicht einverstanden erklären, meine vielmehr, dass, wie die Wandelung, so auch die Minderung durch Anstellung einer Leistungsklage, gerichtet auf den Betrag der Minderung, vollzogen werden kann.

Die Festsetzung der Höhe der Minderung erfolgt nach derselben Berechnungsweise wie im Gemeinen Recht. Es ist also der Preis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu dem Wert der Sache ohne diese Eigenschaft steht. Zweifelhaft kann es

1) Eccius a. a. O. S. 333.

sein, welcher Zeitpunkt für die Berechnung massgebend ist. Der § 472 setzt als den massgebenden Zeitpunkt den des Vertragsschlusses fest. Gewiss kann, wenn es sich um einen Kauf handelt, ein Zweifel nicht bestehen. Aber hier, wo es sich um Herstellung einer Sache handelt, wird man gegen die Anwendbarkeit dieses Paragraphen vielleicht Bedenken haben können und geneigt sein, wegen derselben tatsächlichen Voraussetzungen die entsprechenden Paragraphen des Werkvertrages anwenden zu wollen. Doch auch hier werden wir — im § 634, 4 — auf diesen § 472 verwiesen. Auch in der Literatur finden wir Bedenken gegen die Annahme, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses als der entscheidende anzusehen ist. So nehmen Oertmann und Crome den Zeitpunkt der Herstellung, Dernburg den Zeitpunkt der Ablieferung als massgebend an.[1] Diese Schriftsteller gehen von der Erwägung aus, dass zur Zeit des Abschlusses des Werklieferungsvertrages die Sache noch nicht vorhanden ist, und somit die Vergleichung des wirklichen Wertes der Sache mit dem Werte der Sache mit den zugesicherten Eigenschaften kaum möglich ist. Dagegen glaube ich mit Planck, Enneccerus-Lehmann, Cosack, Fischer-Henle, Riezler, dass man die Bedenken gegen § 472 wohl fallen lassen kann, denn es handelt sich hier darum, den vereinbarten Preis gleichsam zu kritisieren oder zu verbessern. Und warum sollte man nicht den Wert der betreffenden Sache sich in Gedanken vorstellen können?

1) Oertmann S. 357; Crome S. 680; Dernburg S. 438.

Und dann liegt diesem Paragraphen doch wohl der Gedanke zu Grunde, dass der Besteller, wenn er zur Zeit des Abschlusses den Mangel gekannt hätte, den Preis in dem angegebenen Verhältnis verringert haben würde.[1]

Der Besteller hat zwischen Wandelung und Minderung die Wahl. Dieses Wahlrecht wird erst durch den Abschluss des Wandelungs- oder Minderungsvertrages (§ 465) konsumiert. Wenn bereits Minderung vollzogen ist, kann trotzdem wegen Fehlens einer andern Eigenschaft eine weitere Minderung oder Wandelung gefordert werden.

§ 15.

Wahlweise neben Wandelung und Minderung gewährt das BGB. noch einen dritten Anspruch, nämlich Schadensersatzanspruch. Der § 463 giebt dem Besteller Anspruch auf Schadensersatz im Falle, dass der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Die Anwendung dieses Paragraphen auf den Werklieferungsvertrag hätte wohl Bedenken. Und in der Tat ist er auch hier in den weitaus meisten Fällen nicht anwendbar, weil er nur im Fall einer Speziesschuld zur Anwendung kommt. Hier handelt es sich jedoch um Herstellung einer vertretbaren Sache. Wenn sich auch Leistung einer vertretbaren Sache und Genusobligation einerseits und Leistung einer nicht vertretbaren Sache und Speziesobligation andrerseits

1) Planck S. 374.

nicht decken, so wird die Leistung einer vertretbaren Sache doch wohl meist als Leistung einer der Gattung nach bestimmte Sache anzusehen sein. Der Schadensersatzanspruch des Bestellers stützt sich dann auf § 480, 2, der den Anspruch gewährt, wenn die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges fehlt. Der § 463 dürfte also nur zur Anwendung kommen in den ganz vereinzelten Fällen, in denen die Herstellung einer vertretbaren Sache sich als Speziesschuld darstellt. Das Bedenkliche an diesem Paragraphen ist, dass er für einen Schadensersatzanspruch voraussetzt, dass die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses fehlte. Zur Zeit des Vertragsschlusses existierte die Sache noch gar nicht, wie konnte da die Eigenschaft fehlen? Man wird hier nicht § 463 anwenden können. Doch in wenigen Fällen — ich erwähnte solche Fälle schon bei Besprechung von § 460 — wird man seiner Anwendbarkeit nicht widersprechen können. Ich meine die Fälle, in denen die zugesicherte Eigenschaft sich schon an dem zu verarbeitenden Stoffe finden soll. Um aber auch unter den gewöhnlichen Umständen — bei Herstellung der Sache samt Eigenschaft — die Möglichkeit des Schadensersatzanspruches zu haben, kann man vielleicht den Paragraphen in Anlehnung an § 635, den entsprechenden Paragraphen des Werkvertrages interpretieren und annehmen, dass auch bei Herstellung einer vertretbaren Sache den Unternehmer Verschulden zu Schadensersatz verpflichtet. Ich meine also, man wird dem Besteller den Schadens-

ersatzanspruch des § 463 geben können, wenn in der Zusicherung des Unternehmers beim Vertragsschluss ein Verschulden lag, wenn z. B. der Unternehmer wusste oder wissen musste, dass ihm die zur Herstellung einer solchen Eigenschaft nötigen Kenntnisse fehlen. Praktisch dürfte man ja nur in sehr seltenen Fällen in Verlegenheit kommen, von einer solchen Auslegung des § 463 Gebrauch zu machen; vielmehr wird für gewöhnlich der § 480 der anzuwendende sein. Für den Schadensersatzanspruch gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Der Schadensersatz erstreckt sich also auf damnum emergens und lucrum cessans.

§ 16.

Wahlweise neben den geschilderten Ansprüchen ist dem Besteller, falls es sich um Herstellung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache handelt, noch ein vierter Anspruch gegeben, nämlich der auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache. Dem Grundgedanken nach ist dieser Anspruch wohl kein Gewährschaftsanspruch, vielmehr nichts anderes als ein Anspruch auf Vertragserfüllung.[1] Doch werden auf ihn die Regeln der Wandelung für anwendbar erklärt. Demnach ist die auf Nachlieferung gerichtete Wahl des Bestellers vollzogen durch die Zustimmung des Unternehmers oder durch rechtskräftige Verurteilung desselben. Ebenfalls hat auch

1) Crome S. 472; Enneccerus-Lehmann S. 544; Planck S. 261.

hier der Besteller das Recht des Entschlusswechsels, bis sich der Unternehmer damit einverstanden erklärt hat.[1] Ausgeschlossen ist die Nachlieferung, wenn die gelieferte Sache beim Besteller durch dessen Verschulden vernichtet, verschlechtert oder umgestaltet ist. Ist wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft bereits gemindert, so kann wegen eines neu entdeckten Mangels,[2] wie der Anspruch auf Wandelung, so auch der auf Nachlieferung geltend gemacht werden. (§ 475). Doch muss natürlich der Besteller das, was er durch die Minderung erlangte, zurückerstatten.

§ 17.

Der Zeitpunkt, der für die Geltendmachung der Ansprüche massgebend ist, ist der des Gefahrüberganges; die Ausnahmen hatten wir bereits kennen gelernt. Der Besteller verliert seine Ansprüche, wenn er den bestellten Gegenstand in Kenntnis des Mangels annimmt, ohne sich seine Rechte vorzubehalten. (§ 464). Der § 464 nennt nur Wandelung, Minderung und Schadensersatzanspruch. Doch möchte ich es für richtig halten, wenn Crome, Enneccerus-Lehmann, Planck, Oertmann[3] annehmen, dass Besteller auch des Anspruchs auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache bei vorbehaltloser Annahme verlustig geht. Aber

1) Cosack S. 437; Dernburg S. 68.

2) Oertmann S. 205; Enneccerus-Lehmann S. 545.

3) Crome S. 472; Enneccerus-Lehmann S 545; Planck S. 261; Oertmann S. 205.

nur Kennen bewirkt Verlust des Anspruchs, nicht Kennenmüssen.[1]

Kenntnis des Unternehmers hat auf seine Haftpflicht keinen Einfluss.[2] Die Ansprüche des Bestellers verjähren in 6 Monaten.

§ 18.

Dies die Ansprüche des Bestellers, falls es sich um Herstellung einer vertretbaren Sache handelt. Soll dagegen eine nicht vertretbare Sache hergestellt werden, so hat Besteller — wie wir bereits sahen — die Ansprüche des Bestellers im Werkvertrag beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Dies sind im Wesentlichen dieselben Ansprüche wie die des Käufers. Ausserdem hat der Besteller aber noch einen Anspruch, den der Käufer nicht hatte, nämlich den Anspruch auf Beseitigung des Mangels. (§ 633). Dass dieser Anspruch auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften gegeben ist, ist ja gewiss, da das Gesetz unter „Mangel" gewöhnliche Fehler und Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht. Ausserdem geht das aus dem Wortlaut und der Bezugnahme des Abschnitt 2 des § 633 auf den Abschnitt 1 unzweifelhaft hervor.

Der Unternehmer kann die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert (§ 633, 2). Kommt der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so

1) Oertmann S. 189.
2) Matthiass S. 496

kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen (§ 633,3), und zwar ohne Androhung und ohne Wissen und sogar wider Willen des Unternehmers.[1] Auch darf er die Beseitigung durch einen Dritten vornehmen lassen und auch Gehilfen zuziehen. Die zur Beseitigung erforderlichen Aufwendungen darf der Besteller vom Unternehmer verlangen. Hat der Besteller jedoch den Mangel beseitigt, ehe er den Unternehmer in Verzug gesetzt hat, so kann er nur nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen.[2] Der Besteller kann dem Unternehmer entweder zugleich mit dem Verlangen auf Beseitigung des Mangels oder später eine angemessene Frist[3] bestimmen mit der Erklärung, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne. Die Frist muss so bemessen sein,[4] dass innerhalb derselben die Beseitigung des Mangels wohl möglich ist. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, d. h. objektiv unmöglich,[5] persönliches Unvermögen des Unternehmers ist nicht genügend; sodann, wenn die Beseitigung vom Unternehmer verweigert wird und wenn die sofortige Geltendmachung der übrigen gegebenen Ansprüche durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird, wenn also z. B. Besteller die Sache nur

1) Planck S. 372; Dernburg S. 437; Crome S. 685; Riezler S. 114.

2) Dernburg S. 437; Planck S. 373; Riezler S. 114.

3) Crome S. 686; Planck S. 373.

4) Planck S. 372; Riezler S. 115.

5) Riezler S. 115; Crome S. 686.

zu einer bestimmten Gelegenheit gebraucht, an späterer mangelhafter Lieferung aber kein Interesse hat. Mit dem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Beseitigung ausgeschlossen und kann der Besteller jetzt erst die anderen Ansprüche geltend machen,[1] nämlich Wandelung, Minderung und Schadensersatz.

Hier sind also nicht die verschiedenen Ansprüche dem Besteller zur Wahl gestellt; vielmehr kann er an erster Stelle allein Beseitigung verlangen. Nur subsidiär stehen die anderen Ansprüche dem Besteller zu. Für Wandelung und Minderung gelten dieselben Grundsätze wie bei Herstellung einer vertretbaren Sache. Jedoch ist hier die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Mangel ein unerheblicher ist[2] (§ 634, 3). Dies wird man auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften annehmen, weil bezüglich der Ansprüche beim Werkvertrag Fehlen zugesicherter Eigenschaften und sonstige Fehler vollkommen gleich behandelt werden.[3]

Als letzter Anspruch steht dem Besteller noch der auf Schadensersatz zu; und zwar ist dieser gegeben, wenn der Mangel der Sache auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat. Es genügt also hier nicht die Tatsache, dass der Unternehmer eine Eigenschaft zusicherte.

Der Besteller verliert seine Ansprüche dadurch, dass er trotz Kenntnis von dem Fehlen der zuge-

1) Enneccerus-Lehmann S. 618; Hachenburg S. 72.
2) Dernburg S. 438; Cosack S. 531; Hachenburg S. 71
3) Cosack S. 530.

sicherten Eigenschaft die Sache abnimmt, ohne sich die Ansprüche vorzubehalten (§ 640). Der § 640 nennt allerdings nur den Anspruch auf Beseitigung, Wandelung und Minderung. Man findet infolgedessen in der Literatur Zweifel, ob auch der Schadensersatzanspruch durch vorbehaltlose Abnahme verloren geht, und meinen einige Schriftsteller, dass Besteller nur die in § 640 genannten Ansprüche verliert. Dagegen glaube ich mit Dernburg[1] annehmen zu können, dass Besteller auch des Schadensersatzanspruchs in diesem Falle verlustig geht Denn der Umstand, dass der Besteller die Sache in Kenntnis des Mangels abnimmt und später noch Schadensersatz verlangt, dürfte wider Treu und Glauben verstossen. Auch führen die die gegenteilige Ansicht vertretenden Schriftsteller keine weiteren Gründe an, weshalb der Schadensersatzanspruch anders behandelt werden soll. Dass der § 640 diesen Anspruch nicht erwähnt, will mir nicht als ausreichende Begründung erscheinen.

Alle dem Besteller gegebenen Ansprüche verjähren in 6 Monaten.

§ 19.

Vergleicht man die Ansprüche, die Besteller im Gemeinen Recht und im BGB. hat, miteinander, so wird man anfangs leicht geneigt sein, beide als gleichartig anzusehen. Prüft man jedoch die Ansprüche näher, so findet man, dass die alten gemeinrechtlichen Ansprüche doch recht verändert sind, dass sie

1) Dernburg S. 438.

in mancher Beziehung eine Erweiterung, in mancher Beziehung eine Beschränkung erfahren haben. Der actio emti des Gemeinen Rechts entspricht die Schadensersatzklage des BGB. Wir sahen, dass die actio emti an sich auf Schadensersatz gerichtet ist, aber unter Umständen auch eine Minderung des Preises herbeiführen konnte und sogar unter gewissen Voraussetzungen in ihren Wirkungen redhibitorisch war. Hiervon finden wir nichts mehr im BGB. Die Schadensersatzklage des BGB. geht allein auf den Ersatz des Schadens. Wie im Gemeinen Recht, so finden wir auch im BGB. Wandelung und Minderung. Doch sind beide ganz verschieden. In der Literatur zum BGB. findet man freilich noch die moderne Wandelung und Minderung als ädilicische Ansprüche bezeichnet. Doch ist wohl die Berechtigung hierzu zu bestreiten. Denn die rechtliche Struktur ist heute eine ganz andere als im Gemeinen Recht. Heute haben wir Wandelung und Minderung als Vertragsschluss anzusehen, während im Gemeinen Recht beide im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden. Im Erfolge sind freilich beide gleich: die Minderung des Gemeinen Rechts und des BGB. bewirken verhältnismässige Herabsetzung des Preises; die Wandelung hat wie im Gemeinen Recht so auch im BGB. Auflösung des Vertrages zur Folge. Doch hat die moderne Wandelung insofern eine Einschränkung erfahren, als sie nicht mehr Schadensersatz bewirkt, während mit der actio redhibitoria des Gemeinen Rechts auch Schadensersatz erlangt wurde. Erweitert

sind die Ansprüche des Bestellers im Werklieferungsvertrag dadurch, dass bei Lieferung einer der Gattung nach bestimmten Sache der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache eingeführt ist. Eine erhebliche Änderung finden wir endlich in dem Falle, dass es sich um Herstellung einer nicht vertretbaren Sache handelt. Während im Gemeinen Recht auch hier der Besteller die gleichen Ansprüche wie bei Herstellung einer vertretbaren Sache hat, finden wir hier im BGB. noch einen neuen Anspruch, nämlich den auf Beseitigung. Neu ist auch hierbei, dass dieser Anspruch zunächst nur dem Besteller als einziger gegeben ist, und die übrigen Ansprüche erst subsidiär; während sonst die verschiedenen Ansprüche dem Besteller wohlweise zustehen. Bezüglich der Verjährungsfristen finden sich auch gewisse Abweichungen im BGB.

Wir sehen, dass die Ansprüche des Bestellers im Werklieferungsvertrag beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften im BGB. im Vergleich zum Gemeinen Recht eine nicht unerhebliche Änderung erfahren haben.